

A TUTELA ANTECIPADA E A COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA

Helenilson Cunha Pontes(*)

O Código de Processo Civil, em seu art. 273, com a redação dada pela Lei 8.952/94, confere ao juiz o poder-dever para, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

A presente reflexão cinge-se a analisar os efeitos desta decisão judicial liminar antecipatória no bojo de processo judicial onde se discute o direito do contribuinte à célere devolução, via compensação, de indébito — de tributo sujeito ao lançamento por homologação — que o mesmo alega possuir em razão de recolhimento que aponta como indevido.

A antecipação dos efeitos da tutela em processo onde se requer provimento judicial que reconheça a inconstitucionalidade de recolhimentos tributários já consumados e o conseqüente direito à célere restituição deste indébito através da regular compensação, plenamente possível haja vista o fato de que a relação jurídico-tributária é de trato sucessivo.

Prima facie, cumpre lembrar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou-se no sentido de que a compensação tributária em si é um procedimento a ser realizado pelo contribuinte, independentemente de qualquer autorização judicial, competindo ao Poder Judiciário tão-somente a declaração quanto ao caráter compensável do indébito que o contribuinte alega possuir.

Vale dizer, segundo o egrégio STJ, ao Poder Judiciário compete a análise do direito, isto é, o pronunciamento judicial se limitará a verificar a existência do indébito alegado e a natureza compensável do mesmo. Os números envolvidos dos

(*) Doutorando em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo. Ex-Procurador da Fazenda Nacional.



lançamentos realizados ficam sob inteira responsabilidade do contribuinte que se submete à regular fiscalização das autoridades fiscais competentes.

Este é, em síntese, o entendimento firme do Superior Tribunal de Justiça quanto à matéria compensação tributária.

Em função deste entendimento do STJ, cumpre ao contribuinte, que acredita ter efetuado um recolhimento cuja base legal se lhe afigura inconstitucional, efetuar *sponte propria* a compensação deste indébito, requerendo ao Poder Judiciário tão-somente a declaração de que aquela exigência tributária se deu ao arrepio da ordem jurídica e que, portanto, tem natureza compensável com outros tributos que o Poder Judiciário determinar.

Ora, se a compensação, decidiu o egrégio STJ, é um direito cujo exercício depende única e exclusivamente do contribuinte, então pergunta-se: por que razão o contribuinte procura o Poder Judiciário? Por duas razões básicas:

- A primeira (em sede liminar) *para acautelar-se contra a ação fiscal* — que não reconhecendo a existência do indébito e, conseqüentemente, do direito à compensação do mesmo, e constatando a compensação efetuada, *lavrará auto de infração acrescido de multa e juros*;

- a segunda (em sede de sentença/acórdão), *para obter pronunciamento judicial definitivo declaratório* quanto à inconstitucionalidade dos recolhimentos efetuados, ao direito à compensação do mesmo com outras exações fiscais, à sistemática de cálculo da devolução do indébito (fatores de correção monetária expurgados, juros moratórios, juros compensatórios indenizatórios, etc.).

Com efeito, é profunda a diferença entre o contribuinte que acredita possuir um indébito contra o Fisco e simplesmente o compensa sem qualquer provimento judicial e aquele que, possuindo a mesma crença, procura o Poder Judiciário para, em sede liminar, acautelar-se contra as imposições fiscais e, no mérito, ver efetivamente declarada a existência de seu indébito.

O primeiro contribuinte certamente sofrerá lançamento *ex officio* acrescido de multa e juros, cabendo-lhe, a partir daí, tão-somente defender-se contra a imposição fiscal. Vale notar que este contribuinte efetivamente estará em estado de mora, já que, para o Fisco, tão-somente terá deixado de recolher um determinado tributo. Em razão deste fato, a sua defesa fiscal terá que demonstrar: 1) a existência de indébito fiscal compensável; 2) a compensabilidade deste indébito com o tributo que deixou de recolher; 3) a não-existência da mora em razão da compensação efetuada.

O segundo contribuinte, que preventivamente procurou o Poder Judiciário para ver declarado o seu direito à devolução do recolhimento que entende indevido, encontra-se em situação jurídica diferente. Admitindo-se que obtenha provimento

cautelar que, mesmo liminarmente, reconheça a possibilidade jurídica da existência do indébito alegado e o caráter compensável do mesmo, não estará em estado de mora perante o Fisco no que tange aos créditos tributários submetidos à compensação.

Ora, esta decisão liminar possui o efeito fundamental de, reconhecendo a possibilidade de existência do indébito e da compensação do mesmo, *afastar os efeitos da mora*, o que implica em retirar, ainda que temporariamente, do Fisco a pretensão à imposição fiscal acrescida de multa e juros, restando-lhe, todavia, o direito ao lançamento fiscal do principal compensado, tão-somente como instrumento para evitar a decadência do direito de lançar. Este lançamento fiscal é substancialmente diferente daquele efetuado contra o primeiro contribuinte que simplesmente compensou o que entendia devido sem a proteção de qualquer decisão judicial.

O lançamento contra o primeiro contribuinte gerará um processo administrativo fiscal clássico, onde se discutirá toda a matéria objeto de lançamento (tributo, multa, juros), enquanto que, no lançamento contra o segundo contribuinte, o processo administrativo possui natureza *sui generis* já que a matéria a ser objeto de decisão pela Administração Pública já se encontra previamente sob apreciação do Poder Judiciário, sendo aconselhável, por razões óbvias, que este processo administrativo seja sobrestado até o pronunciamento final do Poder Judiciário quanto à matéria.

Neste sentido, observa-se que a decisão judicial que aprecia a verossimilhança do direito alegado e a possibilidade de eventual dano em processo onde se requer a antecipação de tutela concernente à compensabilidade de eventual indébito tributário possui um único efeito jurídico-processual, qual seja, afastar os efeitos da mora, evitando assim a consumação de autuação fiscal acrescida de multa e juros.

O acento nos acréscimos moratórios *in casu* é de fundamental importância uma vez que a medida liminar, ao ser deferida, incidirá direta e tão-somente sobre a pretensão do Fisco em exigi-los.

Vale dizer, *a antecipação dos efeitos da tutela pretendida não tem o condão de evitar o lançamento fiscal por parte do Fisco — para fim de evitar o escoamento do prazo decadencial — no que tange ao principal do indébito que o contribuinte acredita ter e que “sponte propria” decidiu compensar*, já que, como decidiu o egrégio STJ, cabe ao Poder Judiciário tão-somente apreciar o caráter compensável do indébito alegado, sendo a compensação em si um procedimento levado a cabo pelo próprio contribuinte.

O provimento liminar que se procura através do requerimento de antecipação dos efeitos da tutela *objetiva* *tão-somente evitar a consumação de auto de infração acrescido de multa e juros*, haja vista o fato de que o Fisco não reconhece a existência do indébito e nem do direito à compensação do mesmo. Nada mais.

Assim, percebe-se, desde logo, que a medida liminar antecipatória não esgota a prestação jurisdicional demandada, uma vez que:

a) *o efeito da antecipação requerida será tão-somente evitar a lavratura de auto de infração que albergue multa e juros, ressalvada a possibilidade de o Fisco efetuar o regular lançamento para fim de evitar a consumação da decadência do direito de lançar;*

b) *não abordará a tutela de mérito efetivamente requerida na petição inicial e que compreende:*

- o juízo definitivo sobre a inconstitucionalidade dos documentos legais que embasaram a exigência e o recolhimento do indébito alegado;

- a declaração judicial final quanto ao caráter compensável deste indébito e a determinação de quais tributos devem ser com ele compensados.

- declaração judicial sobre a sistemática de correção monetária deste indébito;

- eventual condenação judicial do Fisco na devolução do indébito corrigido monetariamente, acrescido de índices inflacionários expurgados, juros moratórios e/ou compensatórios.

Vale dizer, a prestação jurisdicional somente restará esgotada com a sentença de mérito que aborde "todas" as questões elencadas em "b" supra e que, em sede liminar, não são objeto de decisão por parte do juiz da causa.

Outrossim, vale lembrar que, se ao final for julgada improcedente a ação, compete ao contribuinte reverter a compensação realizada, efetuando os recolhimentos cabíveis sem o acréscimo de multa, no prazo de 30 dias, na forma da lei (art. 160, CTN), o que demonstra de forma cabal o caráter absolutamente reversível do provimento judicial requerido.

Em outras palavras, a medida judicial antecipatória nada tem de irreversível, pois tão-somente permite ao contribuinte efetuar a compensação pretendida *sem submeter-se a lançamento fiscal acrescido de juros e multa*, até o trânsito em julgado do processo judicial quando, afinal, haverá o pronunciamento judicial sobre o caráter compensável dos recolhimentos apontados como indevidos, bem como das demais questões de mérito elencadas no pedido inicial da demanda.